
La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens

Agnès Cerf



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6892>

DOI : 10.4000/crdf.6892

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2008

Pagination : 141-148

ISBN : 978-2-84133-259-5

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Agnès Cerf, « La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 6 | 2008, mis en ligne le 11 décembre 2020, consulté le 13 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6892> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6892>

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens

Agnès CERF

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Caen Basse-Normandie

-
- I. L'imprécision du délit d'embuscade et de la circonstance aggravante de guet-apens
 - A. L'élément matériel flou de l'embuscade et du guet-apens
 - B. La mise en œuvre aléatoire de l'embuscade et du guet-apens
 - II. L'inutilité du délit d'embuscade et de la circonstance aggravante de guet-apens
 - A. Inutilité de la circonstance aggravante de guet-apens
 - B. L'inutilité du délit d'embuscade

Si la répression est la facette la plus ancienne et la plus apparente du droit pénal, pour autant, la prévention, tant collective¹ qu'individuelle², a toujours été, elle aussi, au cœur de la politique criminelle³. Ainsi, on retrouve, en matière pénale, l'expression populaire « il vaut mieux prévenir que guérir » : mieux vaut chercher à empêcher la commission d'une infraction que de poursuivre et sanctionner celui qui en a commis une. Cependant, prévention et répression n'ont pas, en principe, vocation à jouer simultanément, mais successivement. La prévention s'exerce *ante-delictum*, avant la commission de l'infraction, et si elle réussit, le droit pénal répressif classique, qui suppose le déclenchement d'une action publique en vue du prononcé d'une peine, n'aura pas lieu d'être. La répression n'intervient que si la prévention a échoué.

Les manifestations de la prévention pénale, collective et individuelle, sont variées. Tout d'abord, comme cela est d'ailleurs indiqué dans tous les manuels de droit pénal⁴, la fonction préventive du droit pénal repose en premier lieu, et tout simplement, sur la peur de la sanction, qui empêcherait l'agent de passer à l'acte. Mais il est évident que cela ne suffit pas. Si tel était le cas, la délinquance aurait disparu depuis longtemps. Ainsi, les pouvoirs publics ont progressivement développé une politique préventive reposant sur des mesures de type social, et visant à lutter contre les facteurs étiologiques de la criminalité (amélioration de la formation, de l'intégration professionnelle, occupation des jeunes désœuvrés...)⁵. Ce traitement social de la délinquance n'apporte de résultats, difficilement quantifiables d'ailleurs, qu'à long terme, et exige des moyens humains

1. La prévention collective, ou générale, s'adresse à tous les citoyens et tend à éviter le passage à l'acte par la peur de la sanction.

2. La prévention individuelle, ou spéciale, tend à éviter la récidive ou la réitération d'infractions.

3. La fonction préventive du droit pénal étant aussi parfois appelée fonction d'intimidation : cf. J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2000, n° 553 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 465 *sq.*

4. Voir les références citées dans la note précédente.

5. V. Gautron, *La Fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance*, AJ pénal 2007, 205.

et financiers considérables. C'est pourquoi, dans un contexte à forte demande sécuritaire, souvent amplifié par les médias, les lois les plus récentes, notamment la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, préfèrent avoir recours aux « infractions de préventions ».

Qu'est-ce qu'une infraction de prévention ? Cette catégorie d'infractions, quoique clairement mise en lumière par plusieurs auteurs⁶, est pourtant encore mal connue. Beaucoup de manuels de droit pénal général la passent sous silence⁷. D'autres n'y voient qu'une forme d'infraction formelle, c'est-à-dire une infraction réalisée même en l'absence de résultat⁸. Le rapprochement des deux termes, infraction et prévention, peut paraître antinomique, car le mot infraction inclut que l'on est déjà entré dans la phase répressive, alors que celui de prévention suppose que l'on se situe *ante-delictum*. L'expression traduit l'idée non pas qu'il faut prévenir pour éviter de réprimer, mais qu'il faut réprimer pour prévenir la délinquance. On assiste alors à un renversement de la relation entre les deux facettes de la politique criminelle. L'infraction de prévention se caractérise par le fait que le comportement qu'elle incrimine n'engendre pas, en lui-même, de résultat dommageable direct ni de victime. Mais il est malgré tout incriminé car il est considéré comme dangereux, en ce sens qu'il est susceptible de constituer les prémices d'un comportement plus grave, qui, lui, caractérise une autre infraction⁹, distincte dans tous ses éléments constitutifs, infraction matérielle, engendrant effectivement un résultat dommageable voulu, recherché par l'agent¹⁰. La première incrimination (de prévention) a ainsi pour finalité de prévenir la réalisation de la seconde (infraction matérielle plus grave). Ce faisant, l'infraction de prévention se situe en amont sur le « chemin du crime », avant le stade de la classique tentative : elle réprime dès les actes préparatoires.

Les infractions de prévention existaient dès l'ancien Code pénal, illustrées, notamment, par le classique délit d'association de malfaiteurs¹¹, et se sont multipliées au fil

des ans¹². La loi Perben I du 9 mars 2004 a ainsi incriminé (art 221-5-1 CP) le fait de faire des offres ou promesses à une personne afin que cette dernière commette un assassinat ou un empoisonnement, même si le crime n'a été ni commis ni tenté¹³. Ce délit nouveau permet de mettre un terme à la jurisprudence antérieure, qui écartait l'instigateur du champ pénal lorsque la provocation n'était pas suivie d'effet¹⁴, et étend la répression au stade des actes préparatoires. La loi du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, contient, comme son titre permettait de le supposer, de nombreuses incriminations nouvelles¹⁵ que l'on peut ranger dans la catégorie des infractions de prévention, parmi lesquelles le délit d'embuscade¹⁶, et sa déclinaison, la circonstance aggravante nouvelle de guet-apens¹⁷.

Les infractions de prévention peuvent, si on les analyse superficiellement, être considérées comme ayant un but louable, dans la mesure où elles tendent à assurer la sécurité des citoyens. Mais l'enfer est souvent pavé de bonnes intentions. Ces infractions présentent des inconvénients graves que nous allons tenter de mettre en lumière au travers de l'étude détaillée de l'embuscade et du guet-apens : une imprécision certaine des éléments constitutifs du délit (I), susceptible d'engendrer des difficultés, voire une impossibilité de l'appliquer, et une inutilité flagrante des textes nouveaux (II), qui peut, à l'inverse, se traduire par une répression excessive.

I. L'imprécision du délit d'embuscade et de la circonstance aggravante de guet-apens

L'embuscade est « le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre

6. J.-P. Doucet, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.*, 1973, Doctr. p. 764 ; P. Philippot, *Les Infractions de prévention*, Thèse, Université de Nancy II, 1977 ; A. Ponselle, *L'Infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Université de Montpellier I, 2001.

7. Les auteurs qui l'abordent utilisant plutôt l'expression d'infraction « obstacle » : cf. F. Desportes, F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, 13^e éd., Paris, Économica, 2006, n° 461 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, PUF, 2007, n° 205.

8. P. Conte, « La loi de prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pénal*, 2007, étude 7 : les infractions de préventions introduites par ladite loi (notamment le délit d'embuscade) sont présentées comme des infractions formelles.

9. En ce sens, elle se distingue de l'infraction formelle, dans laquelle la qualification reste la même que le résultat soit ou non atteint (voir par exemple l'empoisonnement, art. 221-5 CP).

10. En ce sens, elle se distingue de l'infraction « de mise en danger », dans laquelle l'agent ne cherche pas à atteindre de résultat dommageable (voir par exemple le délit de risques causés à autrui, art. 223-1 CP).

11. Art. 450-1 CP : toute entente ou groupement établi en vue de la préparation d'un ou plusieurs crimes ou délits. M. Delmas-Marty et C. Lazerges qualifient l'association de malfaiteurs d'infraction de prévention (Préface au Code pénal français, *RD pén. crim.*, 1997, p. 160).

12. On peut noter un grand flou, lié à l'absence de définition « officielle » de l'infraction de prévention. Les auteurs ne sont pas toujours d'accord pour qualifier telle ou telle infraction d'infraction de prévention, et mêlent souvent infraction formelle, de prévention et de mise en danger. On peut cependant citer le port d'armes prohibé ou les menaces.

13. A. Ponselle, « L'incrimination du mandat criminel », *Dr. pén.*, 2004, étude 10.

14. Arrêts Lacour et Schieb et Benamar, 25 octobre 1962, *Bull. crim.*, n° 292 et 293, *D.*, 1963, 221, note P. Bouzat, *JCP*, 1963, II 12985, note R. Vouin.

15. Voir les nouveaux délits suivants : propositions sexuelles faites par un majeur à un mineur de 15 ans (art. 227-22-1 CP : 2 ans / 30000 €) ; détention ou transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs, ainsi que d'éléments ou de substances entrant dans la composition de tels produits ou engins, en vue de la préparation d'atteintes aux personnes ou aux biens (5 ans / 75000 € ; 10 ans / 500000 € si bande organisée) (art. 322-11-1 al. 1 et 2 nouveau, Loi 2007 art. 45) ; détention ou transport de tels produits en l'absence de tout projet d'utilisation délictueuse (art. 322-11-1 al. 3) dès lors quelle n'a pas de « motif légitime » (la peine est alors moins grave : 1 an / 15000 €). Sur l'ensemble des nouvelles incriminations, voir P. Conte, art. précité note 8.

16. Art. 44 de la loi n° 2007-297, art. 222-15-1 CP.

17. Art. 44 de la loi n° 2007-297, art. 132-71-1 CP.

personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre à son encontre, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, des violences avec usage ou menace d'une arme »¹⁸. Le guet-apens « consiste dans le fait d'attendre un certain temps une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé pour commettre à leur encontre une ou plusieurs infractions ». Ainsi défini, il présente une « filiation » certaine avec l'embuscade. Le mécanisme mis en place est le suivant : l'embuscade, délit autonome de prévention, vise à réprimer en amont, dès le stade des actes préparatoires, mais dès lors que l'agent a poursuivi son dessein criminel en passant effectivement à l'acte, la qualification pénale se transforme en violences volontaires assorties, notamment, de la circonstance aggravante de guet-apens¹⁹.

À la lecture de ces textes, on reste perplexe, tout d'abord sur la matérialité de l'embuscade et du guet-apens (A), ensuite sur la mise en œuvre de ces textes nouveaux (B), tant leur imprécision est grande.

A. L'élément matériel flou de l'embuscade et du guet-apens

L'élément matériel de l'embuscade est le fait d'« attendre un certain temps dans un lieu déterminé » une personne ayant une certaine qualité. Le libellé de l'article 222-15-1 du Code pénal, à la première lecture, peut paraître satisfaire à l'exigence de précision des textes en matière pénale : la liste des victimes potentielles est longue et détaillée, des adjectifs comme « déterminé » et « certain » sont utilisés. Mais il ne s'agit là que de poudre aux yeux. En réalité le plus grand flou entoure la matérialité de l'infraction.

Tout d'abord, si la liste des victimes potentielles est longue (fonctionnaire de la police nationale, militaire de la gendarmerie, membre du personnel de l'administration pénitentiaire, sapeur-pompier civil ou militaire, agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs), pour autant, elle n'est pas limitative, puisque le texte indique expressément qu'il peut aussi s'agir de « toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ». Ainsi, un agent de police municipale peut en faire partie. Cette prise en compte de la qualité de la victime n'est pas nouvelle. Elle était déjà, dès l'ancien Code pénal, une circonstance aggravante des violences volontaires²⁰. Cependant, même si l'énumération des victimes n'est pas exhaustive, le texte peut être considéré sous cet aspect comme suffisamment précis, les personnes dépositaires de l'autorité publique étant aisément déterminables. Il n'est pas de même de l'élément matériel à proprement parler de l'embuscade.

L'article 222-15-1 du Code pénal sanctionne le fait d'attendre un certain temps dans un lieu déterminé. Tout d'abord « attendre » : cela suppose que le délit ne peut pas s'appliquer à une personne en train de se déplacer, de marcher dans une direction précise : le délit n'est pas constitué tant que l'individu n'est pas à l'arrêt, soit tant qu'il est en route vers le lieu de l'agression projetée. Ensuite, « un certain temps » : la loi ne précise aucune durée, première source d'imprécision. On peut espérer que cette durée sera limitée à quelques heures au grand maximum. De plus, il y a ici une redondance, sans doute voulue pour donner au délit une apparence de précision : toute « attente » s'inscrit nécessairement dans une certaine durée : la durée est incluse dans le terme même d'« attente ». On peut se demander si cette exigence de durée fait du délit une infraction continue, ce qui aurait comme conséquence, notamment, de retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique au moment où l'agent cesse d'attendre, et d'étendre encore de champ de la répression²¹. Enfin, « dans un lieu déterminé » : l'adjectif « déterminé » apporte, ici encore, une fausse apparence de précision, dès lors que le texte ne vise aucun lieu particulier. Tout lieu peut être concerné : voies et lieux publics, lieux privés, halls d'immeubles, véhicules, on songe aussi aux arrêts de bus ou tramway lorsque la victime potentielle est l'agent d'un exploitant d'un réseau de transports publics.

Ainsi, on ne peut que constater que la loi aurait pu se contenter d'utiliser un seul mot : « attendre », car le « certain temps » et le « lieu déterminé » n'apportent absolument aucune précision supplémentaire sur la matérialité du délit. L'embuscade se réduit au fait d'attendre certaines personnes, rien de plus. On peut alors se demander en quoi un tel comportement serait une atteinte à l'ordre public justifiant une incrimination pénale : tout le monde attend, tous les jours, il s'agit d'un acte anodin.

Quant à la circonstance aggravante de guet-apens, les mêmes remarques peuvent être faites, puisqu'elle est elle aussi constituée par le fait d'« attendre un certain temps dans un lieu déterminé ». Mais on note deux importantes différences, qui en amplifient l'imprécision. Tout d'abord, les victimes ne sont pas déterminées : il peut s'agir de toute personne, et pas exclusivement les agents de l'autorité publique. Ensuite, la loi n'indique pas, dans l'article 132-71-1, les crimes et délits concernés. Cela est normal, car ce texte se contente de poser une définition, et il faut, comme c'est le principe en matière de circonstances aggravantes, se référer à la partie spéciale du Code pénal pour connaître les infractions qui peuvent être assorties du guet-apens. La loi de 2007 reste cohérente avec l'esprit d'ensemble, à savoir que le guet-apens n'est prévu que pour les violences volontaires, de toute gravité²², mais rien n'empêche, dans le futur, d'étendre le guet-apens à des infractions d'autre

18. Le délit fait encourir 5 ans d'emprisonnement et 75000 € d'amende. La circonstance aggravante de réunion fait passer la peine à 7 ans et 100000 €.

19. La transformation d'un délit autonome en circonstance aggravante d'un autre, délit plus grave n'est pas inédite. C'est le cas de la faute délibérée, élément du délit de risques causés à autrui (art. 223-1 CP), qui caractérise, si le risque se réalise, la circonstance aggravante de l'homicide ou des blessures involontaires.

20. Ancien art. 309, al. 2, 3°, 310 al. 3 et 311 al. 2 *in fine*, qui visaient « un agent de la force publique ou un citoyen chargé d'un ministère de service public ».

21. Cependant, la question aura peu d'intérêt pratique si la jurisprudence limite la durée de l'attente à quelques heures.

22. Actes de torture (art. 222-3, 9°), coups mortels (art. 222-8, 9°), violences ayant entraîné mutilation ou infirmité permanente (art. 222-10, 9°), violences ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à 8 jours (art. 222-12, 9°), violences suivies d'une incapacité de travail de 8 jours au plus ou n'ayant

nature, rompant ainsi la filiation entre embuscade et guet-apens.

Il est dommage que les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel²³ n'aient pas soulevé l'inconstitutionnalité de ces textes, qui peuvent être critiquables sur deux fondements. En premier lieu, la violation du principe de la légalité criminelle, qui exige, selon le Conseil constitutionnel²⁴ et la chambre criminelle²⁵, que les textes soient définis de « manière claire et précise pour exclure l'arbitraire »²⁶. En second lieu, la violation de la liberté individuelle, plus spécialement la liberté d'aller et de venir²⁷, qui inclut celle d'« attendre un certain temps dans un lieu déterminé ». Cependant, il reste possible, si des poursuites sont exercées sur le fondement de l'embuscade, de soulever devant le juge pénal la non-conformité du délit avec la Convention européenne des droits de l'homme afin d'écarter son application²⁸ (ce que le juge pourrait d'ailleurs faire d'office)²⁹, puis, si les juridictions internes rejettent ce grief, de saisir la Cour européenne afin que la France soit condamnée pour violation de la Convention.

L'élément matériel de l'embuscade et du guet-apens étant insignifiant, ce qui explique leur incrimination est le but dans lequel la personne attend, l'intention qui l'anime. L'élément moral joue ici un rôle déterminant. Ce dernier étant délicat à établir, les textes seront difficiles à appliquer.

B. La mise en œuvre aléatoire de l'embuscade et du guet-apens

La loi exige, pour que l'embuscade soit constituée, que l'auteur attende dans le but de commettre à l'encontre de

la victime, et à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, des violences avec menace ou usage d'une arme. On peut s'interroger sur la nature juridique de ce but. Est-ce un dol spécial, c'est-à-dire « l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale »³⁰ ou s'agit-il seulement du mobile de l'infraction, c'est-à-dire « la raison pour laquelle l'infraction est commise »³¹ ? Si la question peut présenter un intérêt théorique, quoique la distinction entre dol spécial et mobile soit parfois artificielle, il l'est moins en pratique, car, en toute hypothèse, il faudra établir la preuve de ce but, sur lequel repose, presque exclusivement, le caractère infractionnel du comportement. Tout citoyen est libre d'attendre un policier, un gendarme, un pompier, ou conducteur de bus, sauf si c'est dans le but de l'agresser.

Ce dol spécial, ou mobile, est, à la différence de l'élément matériel, défini avec assez de précision : la liste des victimes potentielle est dressée³², les infractions projetées sont déterminées comme étant des violences volontaires. Toutes les qualifications de violences, quelle que soit leur gravité, sont ainsi concernées, des violences légères à celles ayant entraîné la mort sans intention de la donner³³. De plus, dans tous les cas, les infractions projetées sont nécessairement assorties de trois circonstances aggravantes au moins : l'usage d'une arme³⁴, la qualité de la victime³⁵ et bien sûr le guet-apens³⁶. Une interrogation surgit cependant : l'embuscade sera-t-elle constituée si l'agent projette une atteinte plus grave à l'intégrité physique, actes de tortures et de barbarie ou homicide, qualifications distinctes des violences *stricto sensu*³⁷ ? La réponse est négative si on raisonne selon une interprétation littérale, le texte ne

entraîné aucune incapacité de travail (art. 222-13, 9° ; on note que dans ce cas l'infraction, sans la circonstance de guet-apens, serait une simple contravention).

23. Voir Cons. const., 3 mars 2007, n° 2007-553 DC : seuls ont été attaqués les articles 8 (limitation du secret professionnel des travailleurs sociaux), 55, 57, 58 et 60 (règles relatives au droit pénal des mineurs) de la loi, ainsi que les conditions d'adoption du III de l'article 54, la loi n'ayant été censurée que sur ce dernier point.

24. Cons. constit., 19 janvier 1981, n° 80-127 DC, *JCP*, 1981, II 19701, note C. Franck, *AJDA*, 1981, n° 6, p. 278, note C. Gournay ; 18 janvier 1985, n° 84-183 DC, *D.*, 1986, 425, note Renoux.

25. Cass. crim., 1^{er} fév. 1990, *Bull. crim.*, n° 56, *RSC*, 1991, 555, obs. A. Vitu.

26. Voir cependant que ce grief avait été soulevé sans succès à l'encontre de la notion de « bande organisée » lors de l'examen de la loi Perben II : Cons. constit., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

27. Cons. constit., 12 janvier 1977, n° 75-76 DC (fouille de véhicule), *Rec. Cons. const.*, p. 23 ; 12 juillet 1979, n° 79-107 DC (pont à péage), *Rec. Cons. const.*, p. 31.

28. Incompatibilité avec le principe de la légalité (art. 7 CESDH), qui exige l'accessibilité, la précision et la prévisibilité des textes pénaux ; sur l'ensemble de la question, voir F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les Grands Arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, 4^e éd. mise à jour, Paris, PUF (Thémis), 2007, spéc. p. 387.

29. Cass. crim., 20 février 2001, *D.*, 2001, 3001, note P. Waschmann (imprécision rendant inapplicable le délit de l'article 38 al. 3 de la loi de 1881 sur la presse) ; TGI Auch, 24 août 2006, *RSC*, 2006, 841, obs. A. Cerf-Hollender (refus d'appliquer le délit de harcèlement moral au motif de son imprécision et de son imprévisibilité).

30. Définition de F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, n° 474.

31. *Ibid.*, n° 477. Alors que les mobiles sont classiquement sans incidence sur l'existence de l'infraction, la loi a multiplié les hypothèses de prise en compte des mobiles : voir par exemple le mobile terroriste de l'article 421-1 CP.

32. Sur ce point cf. *supra*.

33. Violences n'ayant entraîné aucune incapacité de travail ou une incapacité inférieure à 8 jours (art. 222-13 CP), violences ayant entraîné une incapacité de travail de 8 jours ou plus (art. 222-11, et 222-12 CP), violences ayant entraîné infirmité ou mutilation (art. 222-9 et 222-10 CP), violences ayant entraîné la mort sans intention (art. 222-7 et 222-8 CP).

34. Art. 132-75 CP et 10° des articles 222-13, 222-12, 222-10, 222-8 CP.

35. Militaire de la gendarmerie, fonctionnaire de police, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, sapeur-pompier (4° des art. 222-13, 222-12, 222-10, 222-8) ; agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute autre personne chargée d'une mission de service public (4° ter des mêmes articles).

36. 9° des articles 222-13, 222-12, 222-10 et 222-8 CP.

37. Art. 222-1 *sq.* CP pour les actes de torture ; art. 221-1 *sq.* pour les homicides.

visant que les « violences », mais les juges peuvent préférer une interprétation téléologique, qui inclurait dans le champ de l'embuscade l'intention de tuer ou de torturer, car il pourrait être choquant de traiter plus favorablement l'assassin ou le tortionnaire potentiel³⁸.

Ainsi, l'imprécision de l'élément moral de l'embuscade tient, non pas au but recherché, qui est relativement clair, mais aux moyens permettant de déceler le dol spécial. Une intention relève du for intérieur, et, par conséquent, le problème essentiel sera celui de sa preuve. Une double preuve devra être apportée pour pouvoir caractériser le dol spécial du délit avec certitude.

Tout d'abord, au préalable, il faudra établir que l'agresseur potentiel savait que la future victime allait se rendre sur les lieux où il l'attend. Cette preuve semble indispensable pour justifier non seulement l'élément moral, mais aussi la notion même d'attente et donc l'élément matériel du délit : on ne peut pas considérer qu'il y a « attente » de la victime si l'agent la croise par hasard, si la victime passe par hasard devant le délinquant en puissance. Cette preuve dépendra souvent de la qualité de la personne attendue et du lieu d'attente. Ainsi, par exemple, un conducteur de bus passe et s'arrête nécessairement aux arrêts du véhicule. Le seul fait d'attendre à l'arrêt du bus peut caractériser la connaissance par l'auteur de l'arrivée prochaine de la victime. La preuve peut aussi être aisée à rapporter lorsqu'il est établi que l'agent a fait venir la victime potentielle sur les lieux où il l'attend (hypothèse où les pompiers ou la police ont été appelés au prétexte d'un accident quelconque)³⁹. Mais, dans les autres cas, la preuve sera plus délicate. Il faudra établir que l'auteur connaissait l'emploi du temps et les déplacements de la victime...

Ensuite, et surtout, il faudra prouver, en second lieu, le dol spécial (ou mobile) qui anime l'agent, c'est-à-dire l'intention d'agresser la personne attendue. À cette fin, l'article 222-15-1 CP indique que le but criminel doit être caractérisé « par un ou plusieurs faits matériels ». Cela signifie que ce but doit être objectivement constatable : on ne peut se fonder seulement sur un prétendu air « louche, suspect » de l'individu. L'exigence de faits matériels est ainsi conçue comme une garantie pour éviter les abus. Mais quels seront ces « faits » prouvant le but d'agression ? On retrouve ici l'imprécision qui caractérise déjà l'élément matériel. La loi se contente de parler de « faits », et l'on est bien perplexe lorsque l'on en cherche des exemples. Un seul peut être suggéré. Le texte exigeant comme but de

l'embuscade des violences avec arme, le port d'une arme pourrait être l'un de ces faits. Mais pour autant le port d'une arme à lui seul peut-il suffire ? On peut éventuellement l'admettre dans le cas d'une arme soumise à une autorisation dont la personne n'est pas titulaire⁴⁰. En revanche, cela doit être exclu absolument pour les armes par destination⁴¹, dont la jurisprudence a une conception très large, ayant qualifié comme tels des tessons de bouteille, bâtons, pierres, pour lesquels cette qualification est prévisible, mais aussi, ce qui l'est moins, un casque de motocyclette⁴², un trousseau de clés⁴³, un verre à champagne⁴⁴. Le port de cette arme par destination ne peut suffire pour établir qu'une personne qui attend a pour but d'agresser les forces de l'ordre ou le conducteur du bus, car comment savoir qu'un objet courant, porté par toute personne (on pense surtout au trousseau de clés), va être utilisé comme arme ? La qualification d'arme par destination ne peut être retenue, pour un objet anodin, que dans la mesure où il a été effectivement utilisé pour blesser⁴⁵, ce qui est impossible dans le cadre de l'embuscade dès lors qu'elle est incriminée avant le passage à l'acte.

Ainsi, l'embuscade est un délit vague et flou, dont l'application relèvera souvent de la divination... s'il est possible de l'appliquer ! Car, tant en raison de sa conformité douteuse avec des règles supralégales, tel le principe de la légalité criminelle⁴⁶, qu'en raison de la difficulté à prouver l'intention criminelle, il est envisageable qu'il reste lettre morte. Pour autant, cela n'empêchera pas de poursuivre et sanctionner sur le fondement d'autres qualifications, dans les hypothèses les plus graves, car l'embuscade s'avère être, comme nous le verrons (II), une incrimination inutile.

La circonstance aggravante de guet-apens ne pose pas exactement les mêmes problèmes, car elle ne peut être retenue que si les violences ont été effectivement commises. L'intention d'agresser sera dans ce cas avérée. Le guet-apens peut être considéré comme un dol aggravé, intention mûrie dans l'esprit de l'agent, par opposition au dol simple, qui est une intention spontanée. Il s'agit donc d'une circonstance aggravante de type subjectif. L'imprécision ici tient au fait de savoir si cette circonstance est réelle, personnelle ou mixte. Les incidences sont importantes en matière de complicité, car les circonstances réelles, attachées aux faits, s'appliquent au complice même s'il ne les connaissait pas⁴⁷, alors que le jeu des circonstances personnelles est apprécié individuellement. Quant aux

38. En ce sens, on peut signaler que le guet-apens est prévu comme circonstance aggravante des actes de tortures (art. 222-3, 9° CP), alors que ces derniers ne relèvent pas, à la lettre, de l'embuscade.

39. La qualification de complicité d'embuscade est envisageable à l'encontre de celui qui aurait fait venir la victime en connaissance de cause, sans pour autant l'attendre en vue de l'agresser.

40. Dans ce cas l'embuscade se retrouve en concours avec le délit de port d'arme prohibé, autre infraction de prévention, qui elle est définie de façon précise et qui devrait pour cette raison être préférée dans le choix de la qualification. Comme on ne peut sanctionner deux fois pour les mêmes faits, le délit d'embuscade est alors inutile ; sur ce point cf. *infra* II.

41. Art. 132-75 al. 2 CP : tout objet susceptible de présenter un danger pour les personnes dès lors qu'il est utilisé pour menacer, tuer ou blesser.

42. Rouen, 15 juin 1982, *D.*, 1983, 145, note Chambon.

43. Pau, 12 octobre 1994, *Dr. pénal*, 1995, comm. 177, obs. Véron.

44. Cass. crim., 7 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 191.

45. Ce qu'exige d'ailleurs la lettre de l'art. 132-75 CP.

46. Cf. *supra* I.A.

47. Cass. crim., 21 mai 1996, *Dr. pénal*, 1996, comm. 213, obs. M. Véron.

circonstances mixtes, plus ambiguës⁴⁸, elles doivent, dans l'esprit du nouveau Code pénal, être soumises au régime des circonstances personnelles⁴⁹, mais la jurisprudence les assimile parfois à des circonstances réelles, dans un but toujours répressif⁵⁰. Ainsi, celui qui a participé spontanément aux coups portés à la victime alors qu'il n'était pas préalablement « embusqué » subira-t-il la circonstance aggravante de guet-apens caractérisée à l'encontre de l'auteur ? Il est impossible de répondre avec certitude à cette question. Parce qu'elle repose sur un « fait », celui d'attendre, on peut y voir une circonstance réelle applicable à tous les participants à l'infraction. Mais parce qu'elle est subjective, liée à l'intention ou aux mobiles, la qualification de circonstance personnelle propre à chacun peut prévaloir. La seule chose que l'on peut affirmer est la suivante : pour que le droit pénal reste cohérent en la matière, il semble indispensable que le guet-apens soit soumis au même régime que la préméditation, avec laquelle il est toujours associé dans les textes le prévoyant. D'ailleurs, la proximité de ces deux circonstances aggravantes impose de s'interroger sur l'utilité du guet-apens.

II. L'inutilité du délit d'embuscade et de la circonstance aggravante de guet-apens

Si l'inutilité de la circonstance aggravante de guet-apens est flagrante (A), celle du délit d'embuscade peut aussi facilement être établie (B), car il était possible de trouver, au sein de l'arsenal répressif existant, une base de poursuite appréhendant le comportement incriminé par cette nouvelle infraction, plus respectueuse des principes généraux gouvernant la responsabilité pénale.

A. Inutilité de la circonstance aggravante de guet-apens

L'inutilité est flagrante. En effet, on est ici en présence, ni plus, ni moins, quoique formulée différemment, de préméditation, définie comme « le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé »⁵¹. D'ailleurs, si, dans le livre I du Code pénal, préméditation et guet-apens font l'objet de textes distincts, en revanche, dans la partie spéciale du code, ces deux circonstances

sont toujours couplées et formulées comme si elles étaient interchangeables⁵². Préméditation et guet-apens sont toutes deux des circonstances de type subjectif, supposant un dol aggravé, c'est-à-dire une intention mûrie. Ce qui est surprenant ici est la mémoire courte du législateur. La circonstance aggravante de guet-apens était prévue par le Code pénal de 1810, déjà associée, en ce temps-là, avec la préméditation. Or la Cour de cassation considérait à l'époque que le guet-apens n'était qu'un succédané de la préméditation, l'un impliquant nécessairement l'autre. Le dernier arrêt en date sur ce point est d'ailleurs relativement récent⁵³. Tenant compte de cette jurisprudence, le législateur, lors de l'examen du nouveau Code pénal, a pris le parti de supprimer le guet-apens, estimant qu'il est englobé dans la préméditation⁵⁴... pour le réintroduire aujourd'hui. On se demande en vain pourquoi, car, d'une part, il ne change absolument rien au droit antérieur, la préméditation étant déjà prévue comme circonstance aggravante de toutes les infractions que la loi a assorties du guet-apens, et d'autre part, il est peu probable que la jurisprudence revienne sur la position claire et constante qu'elle avait adoptée relativement au guet-apens avant l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992⁵⁵. Ce constat de l'inutilité du guet-apens vaut aussi pour l'embuscade.

B. L'inutilité du délit d'embuscade

Plusieurs bases de poursuites auraient été susceptibles d'appréhender l'actuelle embuscade. Certaines sont imparfaites, car elles ne peuvent se substituer à l'embuscade que dans certains cas. Il en est ainsi de l'association de malfaiteurs⁵⁶. Formulée de manière encore plus vague que l'embuscade, comme étant « tout groupement ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels d'un ou plusieurs crimes ou délits punis de 5 ans d'emprisonnement », il est possible d'y inclure le seul fait d'attendre la victime, comme acte préparatoire incriminé. Mais la concordance n'est pas toujours absolue, car l'association de malfaiteurs suppose toujours une pluralité de participants, et un projet criminel grave, excluant les violences légères. Tel est le cas aussi du délit de menaces⁵⁷ de commettre un crime ou un délit contre les personnes. Le Code pénal exige que la menace soit réitérée ou matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet. Dès lors que l'agresseur potentiel attendant sa

48. Les circonstances mixtes reposent à la fois sur la personne de l'auteur et sur les modalités de l'infraction, dont elles modifient la qualification pénale.

49. En ce sens que le nouveau Code pénal a voulu instaurer, dans le nouvel article 121-6, une autonomie de la répression du complice. Telle est la solution retenue par certains arrêts pour la circonstance aggravante de préméditation : Cass. crim., 18 mars 1998, *Bull. crim.*, n° 104 ; 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 81.

50. Cass. crim., 7 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 219, *D.*, 2006, 835, note E. Dreyer, *AJ Pénal*, 2005, 413, obs. Royer, *Dr. pénal*, 2005, comm. 167, obs. M. Véron : sont applicables aux complices les circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur principal.

51. Art. 132-72 CP.

52. « avec préméditation ou guet-apens » : cf. 9° des art. 222-13, 222-12, 222-10, 222-8, 222-3 CP.

53. *Crim.*, 22 février 1989 (*Bull. crim.*, n° 89, *D.*, 1989, *IR*, 191, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, 593, note Doucet, *RSC*, 1989, 737, obs. Levasseur).

54. Voir le Rapport Jolibois, Doc. Sénat n° 295, p. 33 : « un meurtre commis avec guet-apens doit toujours être considéré comme prémédité ».

55. Dans la mesure où les circonstances aggravantes de préméditation et de guet-apens sont toujours prévues ensemble, l'intérêt concret de leur distinction ne se rencontre que devant la cour d'assises, si on pose une question distincte pour chacune d'elles.

56. Art. 450-1 CP.

57. Art. 222-17 CP.

victime profère, avant d'agir, des paroles répétées du type « je vais te frapper », ou brandit devant elle une arme⁵⁸, on peut être en présence non seulement de menaces réitérées ou matérialisées, mais aussi des « faits » traduisant le dol spécial, ou mobile de l'embusqué⁵⁹. Si cette qualification est envisageable, elle n'est pas non plus parfaite, car la menace doit porter sur un crime ou un délit dont la tentative est punissable. Seule la menace de coups mortels de l'article 222-7, criminels, serait concernée, la tentative des délits de violences n'étant pas incriminée.

Pour autant, c'est bien la tentative de violences qui semble correspondre le plus parfaitement au délit d'embuscade. Si certaines objections peuvent être soulevées à l'encontre de cette qualification, elles peuvent assez facilement être détournées.

Tout d'abord, la tentative d'un délit n'est réprimée que si un texte le prévoit expressément pour le délit en cause. Or, en l'état actuel du droit positif, la tentative des délits de violences volontaire n'est pas réprimée. Cependant, cette condition n'est pas exigée pour les crimes, et les violences les plus graves, les coups mortels, sont constitutives d'un crime. On peut considérer qu'une violence avec arme, qui est le but visé par le délit d'embuscade, peut entraîner la mort de la victime, surtout s'il s'agit d'une arme à feu. Il est alors possible de fonder la base de la poursuite sur une tentative de coups mortels, de nature criminelle⁶⁰, et ce d'autant plus que, en présence d'un conflit de qualification, la jurisprudence retient en général la plus haute qualification pénale.

Ensuite, il faut établir que les éléments constitutifs de la tentative, à savoir un commencement d'exécution de l'infraction et une absence de désistement volontaire⁶¹, seraient réunis. Le commencement d'exécution est défini par la jurisprudence comme un acte ayant pour conséquence directe et immédiate de commettre l'infraction⁶². Le fait d'attendre la victime peut-il constituer un commencement d'exécution des violences volontaires à son égard ? Tout dépend de la manière dont cet élément est apprécié. Si on opte pour une analyse objective, l'acte doit entrer dans la définition légale de l'infraction, ce qui n'est pas le cas du fait d'attendre, qui n'est pas un élément constitutif des violences. En revanche, si on retient une conception subjective, tout acte peut être considéré comme un commencement d'exécution dès lors qu'il traduit l'intention irrévocable de commettre l'infraction. Dans l'arrêt « Magasins de Louvre » de 1970⁶³, la chambre criminelle a considéré que le fait d'attendre la victime, caché dans une fourgonnette, avec des déguisements et des armes, constituait un commencement d'exécution. Pour la jurisprudence, l'attente peut donc être un commencement d'exécution au sens de la tentative, dès lors qu'elle a lieu

dans des circonstances extériorisant clairement l'intention... ce qui correspond exactement à la définition de l'embuscade. Le deuxième élément de la tentative punissable, l'absence de désistement volontaire, suppose que l'agent n'est pas allé jusqu'au bout de l'infraction en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Cela peut être le cas de l'embusqué qui abandonnerait son projet criminel en raison d'une cause extérieure à lui, par exemple parce qu'il est surpris et appréhendé par les forces de l'ordre. La tentative pourrait ainsi être caractérisée aux lieux et places de l'embuscade.

Les conditions de la tentative permettent une répression mesurée, et surtout réellement fondée sur une faute pénale, sur une intention irrévocable. En exigeant une absence de désistement volontaire, le législateur laisse une place à la volonté, au libre arbitre : même si l'agent a commencé à exécuter l'infraction, s'il abandonne son dessein volontairement, il n'est pas punissable. Une « prime » est ainsi donnée à celui qui se détourne spontanément de la délinquance, ceci pouvant avoir, en soi, un effet préventif. Dans les infractions de prévention, comme l'embuscade, il n'en est pas de même. En tant qu'infraction autonome, distincte des violences dont elle a pour objet de prévenir la réalisation, l'embuscade n'est pas soumise aux conditions de la tentative punissable. La répression est possible quelles que soient les suites de « l'attente » de la victime, que l'agent ait poursuivi ou non son projet criminel, et surtout, sans que l'on ait à rechercher s'il serait effectivement allé jusqu'au bout de son plein gré. Sanctionner le seul fait d'attendre la victime, alors que l'agent a encore le temps de se désister, peut être considéré comme posant une présomption selon laquelle, il serait, de toute façon, allé plus loin, et aurait accompli l'infraction plus grave que la loi cherche à prévenir. Insidieusement, la loi n'introduit-elle pas là des délits d'intention ? On peut ainsi se trouver dans une situation aberrante, et qui peut sembler inique : impunité de celui qui a commencé à exécuter l'infraction (et se trouve donc dans le cadre de la tentative), mais s'est désisté volontairement, mais punissabilité de celui qui est volontairement resté au stade des actes préparatoires, pourtant beaucoup plus éloignés du résultat dommageable que la loi cherche à éviter. Ne devrait-il pas au contraire, lui aussi, être récompensé d'avoir abandonné le chemin du crime spontanément et volontairement ? Si l'agent n'a pas dépassé le stade des actes préparatoires (infraction de prévention), la prévention aura été efficace, et on se demande alors où est l'utilité de la répression.

Il semblerait que la loi cherche, au travers des infractions de prévention, à biaiser les règles de la tentative, notamment celles qui laissent jusqu'au dernier moment à l'agent le choix de se désister. Si les infractions de pré-

58. Ce qui sera nécessairement le cas puisque l'embuscade suppose des violences avec arme.

59. Signalons ici, sans plus de développements, que cette applicabilité d'autres incriminations peut engendrer des conflits de qualifications compliquant le travail des magistrats.

60. En revanche, une poursuite pour tentative de meurtre ou assassinat serait inadaptée et vouée à l'échec, car le meurtre suppose un dol spécial spécifique, l'intention de tuer (*animus necandi*), que l'on ne retrouve pas dans le délit d'embuscade.

61. Art. 121-5 CP.

62. Cass. crim., 25 octobre 1962, précité.

63. Cass. crim., 29 décembre 1970, *Bull. crim.*, n° 256, *JCP*, 1971, II 16770, note P. Bouzat.

vention se multiplient, on pourra s'interroger d'ailleurs sur le devenir de la notion même de tentative. De plus, sanctionner trop tôt sur le « chemin du crime », et de surcroît par des peines aussi graves que celles encourues pour les violences volontaires⁶⁴ effectivement commises, peut être de nature à ôter tout effet préventif à l'infraction dite de prévention : cela inciterait plutôt l'agent à aller jusqu'au bout : quitte à être poursuivi et condamné, autant l'être pour quelque chose ! Une répression trop grande de l'infraction de prévention est de nature à engendrer un effet pervers : inciter à commettre la seconde infraction ! On peut souhaiter que, à défaut de graduation légale des peines encourues pour l'embuscade et pour les violences effectivement commises, les magistrats en instaurent une : le parquet, qui, au lieu de poursuivre, optera pour une alternative aux poursuites, à défaut, s'il y a eu procès, le juge, qui, dans le cadre de l'individualisation de la peine, pourra tenir compte du désistement pour prononcer une peine légère voire une dispense de peine.

Le délit d'embuscade n'était donc pas réellement « nécessaire » en pratique : l'arsenal répressif existant, c'est-à-dire la tentative de violences, aurait permis une réponse pénale dans les cas où une intention criminelle irrévocable était réellement présente, en l'absence de désistement volontaire. Pourquoi alors l'avoir introduit dans le Code

pénal ? Effet d'annonce ? Exorciser le problème de la violence en banlieue ? Sans doute. On est en présence de ce que Mireille Delmas-Marty appelle le « droit pénal magique »⁶⁵, élaboré souvent dans l'urgence, afin d'apaiser des tensions, de donner à l'opinion publique une réponse à un phénomène indésirable ou choquant, souvent fortement médiatisé. Mais une loi nouvelle, répressive de surcroît, ne suffit pas pour mettre un terme à un problème de société.

Les infractions de préventions constituent une considérable extension du champ pénal répressif, qui intervient désormais de plus en plus « en amont » sur le chemin du crime, au stade des actes préparatoires, voir de la simple intention, pourtant classiquement exclus de la sphère pénale. Ces infractions sont à inscrire dans la lignée de l'école positiviste, pour laquelle la protection de la société contre le crime doit primer sur celle des individus et de leur liberté, et qui, pour ce faire, prône la mise en œuvre de mesures préventives, pouvant jouer *ante-delictum*, dès lors qu'une personne est présumée dangereuse pour la société. Cette montée en puissance des idées positivistes est au cœur de la politique criminelle actuelle, et a d'ailleurs d'autres illustrations, notamment l'instauration et la consécration, à côté des peines classiques, des mesures de sûreté, elles aussi inventées par les positivistes⁶⁶.

64. Le délit d'embuscade fait encourir les mêmes peines que les violences aggravées ayant entraîné une ITT de 8 jours au plus ou aucune ITT, dans la mesure où deux circonstances aggravantes sont nécessairement caractérisées : d'usage ou menace d'une arme et victime dépositaire de l'autorité publique ou agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs (art. 222-13 CP, al. 1, 10°, 4°, 4° ter, et al. 2). En revanche, les peines encourues pour les violences ayant entraîné un préjudice plus grave sont plus élevées, pouvant aller jusqu'à 20 ans de réclusion si elles ont entraîné la mort sans intention de la donner (art. 222-8 CP). Mais comme, par définition, aucune violence n'a été effectivement commise, on ne peut que se référer aux violences sans ITT.

65. M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 44.

66. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.*, 2007, 1607.